**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta # 452 de mayo 25 de 2016. H: 11:25 a.m.

Pereira, veintisiete (27) de mayo de Dos mil Dieciséis (2.016).

Hora: 9:17 a.m.

Procesado: ABQ

Delitos: Hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal

Radicación # 661706000066201200858

Procede: Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.

Decisión: Revoca fallo opugnado

**VISTOS:**

Procede la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida en las calendas del dieciocho (18) de abril de 2.013 por parte del Juzgado 5º Penal del Circuito de esta localidad, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad criminal del Procesado ABQ, por incurrir en la comisión de los delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

**ANTECEDENTES Y SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Los hechos ocurrieron a eso de las 17:00 horas del 22 de mayo del 2.012 en los predios de la finca *“El Encanto”*, ubicada en la vereda *“La Argentina”* del municipio de Marsella.

Acorde con la información consignada en el cartulario, se tiene que al fundo antes enunciado ingresaron 2 sujetos encapuchados, quienes portando armas de fuego procedieron a intimidar al Sr. LEÓNIDAS MARÍN ORREGO, al cual lo requerían por la entrega de un dinero, y como quiera que no consiguieron su propósito procedieron a maltratarlo físicamente, para luego apropiarse de una serie de bienes y enseres habidos en la finca, los que fueron avaluados en la suma de $5.000.000,oo.

Una vez que los ladrones hubieron perpetrado sus fechorías, abandonaron el lugar de los hechos en una motocicleta, pero como consecuencia de la oportuna reacción de la Policía, la cual fue advertida de lo acontecido, con posterioridad fueron capturados en área rural del municipio de Dosquebradas cuando se movilizaban en una motocicleta con parte del botín y con un arma de fuego tipo revolver calibre .38 *Special.*

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo ante el Juzgado 4º Penal Municipal de esta localidad con funciones de control de garantías el 26 de Septiembre del 2.012, en la cual al entonces indiciado ABQle enrostraron cargos por los delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, tipificados en los artículos 240, # 3º inciso 2º. 241, # 10º, y 365 # 5º C.P.
2. El 26 de octubre del 2.012, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 5º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual el 28 de noviembre de esa anualidad se llevó a cabo la audiencia de acusación, vista pública en la cual la Fiscalía le endilgó al Procesado ABQcargos en similares términos a los establecidos en la formulación de la imputación.
3. La audiencia preparatoria se celebró el 16 de enero del 2.013, mientras que la audiencia de juicio oral fue efectuada en sesiones realizadas los días 14 de febrero y 18 de abril del 2.013. Después de anunciado el sentido del fallo, el cual fue de carácter condenatorio, ese mismo 18 de abril del 2.013 se profirió la sentencia en contra de la cual la Defensa se alzó de manera oportuna.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida el 18 de abril de 2.013 por parte del Juzgado 5º Penal del Circuito de esta localidad, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad criminal del Procesado ABQ, por incurrir en la comisión de los delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad criminal, el Procesado ABQfue condenado a purgar una pena de 236 meses de prisión. De igual forma en dicho fallo se ordenó el comiso de los bienes que fueron incautados por la Policía Nacional al momento de la captura del acriminado: una motocicleta y un arma de fuego. Asimismo al procesado de marras no se le reconoció el disfrute de subrogados o de substitutos penales, por no cumplirse con los requisitos legales del caso.

Los argumentos aducidos por el Juez A quo para proferir el fallo de condena, se fundamentaron en concederle credibilidad a los dichos del ofendido LEÓNIDAS MARÍN ORREGO, quien narró las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cuya virtud fue víctima de un asalto perpetrado por unos sujetos quienes además de golpearlo en el rostro, para poder darse a la huida en una motocicleta lo maniataron, pero el testigo se desató de sus ataduras para avisarle a la Policía, la cual, como a los 20 minutos capturó a los ladrones.

Lo dicho por el ofendido, según el sentir del A quo, es ratificado por el informe de medicina legal, en el que se establece que la víctima presentaba unas lesiones en el rostro que le ocasionaron una incapacidad médico legal de 28 días, aunado al testimonio del Policial CESAR AUGUSTO ECHEVERRY, quien aseveró que ante una alerta dada por la central de radio sobre unos rateros que huían en una motocicleta, procedieron a hacer un retén en la vereda *“El Chaquiro”* en donde consiguieron capturar a unos sujetos que se desplazaban en una motocicleta, quienes portaban un arma de fuego y llevaban consigo el botín del hurto. Los capturados fueron identificados como ABQy HUBERNEY CARMONA ZAPATA.

Según el A quo, con las anteriores pruebas se demostraba de manera indubitable el compromiso penal del acusado ABQ.

De igual forma el A quo expuso que no le podía dar credibilidad a los dichos del Procesado ABQ, como de lo aseverado por los testigos HUBERNEY CARMONA ZAPATA y AYDEE QUIROGA RODRÍGUEZ, con los cuales la Defensa pretendió demostrar que el acusado había sido víctima de un engaño propiciado por parte de HUBERNEY CARMONA ZAPATA, el cual le solicitó a ABQ el favor que lo acompañará en la motocicleta a recoger unas pertenencias donde un hermano suyo, lo que resultó ser una falacia, pues se trataba de los bienes hurtados.

Arguyó el A quo que a los anteriores testigos no se les debía creer, en especial a HUBERNEY CARMONA, quien en el juicio fingió estar enfermo para de esa forma cuadrar sus dichos con los de su colega delincuencial, porque todos ellos incurrieron en una serie de contradicciones respecto de la forma como se conocieron, el tiempo que tenían de conocerse y lo que estuvieron haciendo a la víspera de los hechos.

Con base en lo anterior, aseveró el A quo que en el proceso habían suficientes elementos de juicio para pregonar la responsabilidad del acusado, tales como: su presencia en el sitio de los hechos; su coincidencia fisca con la de uno de los asaltantes; el haber sido capturado prácticamente de manera inmediata al momento de transportar los bienes hurtados y la falta de credibilidad de su coartada; lo que a su vez le permito al Juez de primer nivel concluir que el Procesado ABQactuó en la comisión del delito a título de coautor, en la modalidad de coautoría impropia, debido a que le facilitó una colaboración al jefe de la banda para que en una motocicleta sacará el botín de la zona.

**LA APELACIÓN:**

En la alzada, el recurrente propone 2 tesis para expresar su inconformidad con lo resuelto y decidido en el presente asunto por parte del *A quo,* puesto que además de argüir que el fallo se encuentra viciado de nulidad por falta de motivación, de igual forma en la alzada denuncia la ocurrencia de una serie de yerros en los cuales incurrió el Juez de primer nivel al momento de la apreciación del acervo probatorio, los cuales le impidieron darse cuenta que ABQfue instrumentalizado por parte del otrora Procesado HUBERNEY CARMONA ZAPATA.

En lo que tiene que ver con los cargos de nulidad procesal, vemos que el recurrente alega que la decisión del *A qué* se debe catalogar como de inmotivada por vicios de anfibología en atención a que en la misma no se le dio ningún tipo de respuesta a la tesis esgrimida por la Defensa de la autoría mediata, la cual se propuso bajo el supuesto consistente en que ABQfue víctima de un engaño propiciado por el principal responsable de los hechos, HUBERNEY CARMONA ZAPATA, quien lo engatusó para que lo acompañará hacia una finca de un hermano dizque para traer unos bienes de su propiedad.

De igual forma expone el recurrente que con las pruebas aducidas por la Defensa al juicio, válidamente se pudo demostrar la ausencia de dolo del Procesado BARRIENTOS QUIROGA, quien no sabía nada de las procedencia ilícita de los bienes hurtados por haber sido víctima de un engaño fraguado por parte de HUBERNEY CARMONA ZAPATA, el que fue la persona que en verdad perpetró el asalto en compañía de otro individuo apodado como *“Verrugoso”,* mientras que ABQ los esperaba, inocente de lo que acontecía, a 2 cuadras del sitio en donde tenía ocurrencia el hurto.

Entre las pruebas que demostraban tal tesis, asevera el apelante que se encuentra el testimonio del propio Procesado ABQ, el cual encuentra eco en el testimonio rendido por HUBERNEY CARMONA ZAPATA, quien ratificó que el ahora Procesado desconocía de sus intenciones delictivas, cuando Él en compañía de (A) *“Verrugoso”,* ingresaron al fundo habitado por el Sr. LEÓNIDAS MARÍN ORREGO.

De igual forma, alega el recurrente que no existían razones válidas para que el A quo pusiera en tela de juicio todo lo dicho por la Sra. AYDEE QUIROGA RODRÍGUEZ, respecto de lo acontecido cuando HUBERNEY CARMONA ZAPATA fue a buscar a su hijo ABQ para que lo acompañará en la búsqueda de unos bienes que supuestamente eran de su propiedad, por lo que en su sentir el Juez de primer nivel no actuó de manera correcta cuando procedió a ordenar la compulsa de copias en contra de esa ciudadana por incurrir en la presunta comisión del delito de falso testimonio.

Asimismo expone el apelante que con las pruebas arrimadas al juicio por parte de la Fiscalía no fue posible acreditar el compromiso penal de ABQ, por lo siguiente:

* Con el testimonio del policial CARLOS AUGUSTO ECHEVERRY, solo se pudo demostrar que cuando inmovilizaron la motocicleta conducida por el Procesado, Él no tenía nada en su poder, ya que los bienes hurtados y el arma de fuego se encontraban en manos de su acompañante, o sea HUBERNEY CARMONA ZAPATA.
* La víctima, LEÓNIDAS MARÍN ORREGO, en su testimonio es clara en aseverar que no pudo identificar a los asaltantes. Y en lo que atañe con los señalamientos efectuados en contra de HUBERNEY CARMONA, se deben a que con antelación lo había visto merodeando por esos lares debido a que fue a su casa, en compañía de un sujeto conocido como *“El verrugas”* o “*Verrugoso”,* con el pretexto de que querían comprar queso.

Con base en lo anterior, arguye el recurrente que con esas pruebas la Fiscalía no pudo demostrar nada, y más por el contrario del contenido de las mismas solo afloraban dudas respecto de la participación del Procesado ABQ en la comisión del delito.

Ante tal panorama probatorio, el recurrente solicita la revocatoria del fallo confutado y que en consecuencia el Procesado ABQ sea absuelto de los cargos por lo que fue llamado a juicio.

**LAS RÉPLICAS:**

Durante el termino del traslado para alegar como no recurrente, la representante del Ente Fiscal se opuso a las pretensiones del apelante y en consecuencia solicitó la confirmación del fallo opugnado con base en los siguientes argumentos:

* Es falso que el Juez del Conocimiento no haya motivado el fallo opugnado por vicios anfibológicos y por ende la actuación no se encuentra viciada de nulidad como lo reclama el apelante, quien en sus reproches se le olvidó hacer alusión del análisis probatorio que efectuó el *A quo*  en el cual con suficiencia se expusieron las razones que se tuvieron en cuenta para rechazar la teoría del caso que la Defensa propuso en el juicio.
* La Fiscalía si cumplió en el juicio con la carga probatoria que le correspondía de acreditar la responsabilidad criminal del Procesado ABQ, con los testimonios del Policial CESAR AUGUSTO ECHEVERRY y de la víctima LEÓNIDAS MARÍN ORREGO. Así, con el testimonio del policial, se demostró que el Procesado fue capturado cuando en compañía de otro sujeto, HUBERNEY CARMONA, en el momento en el que se movilizaban en una motocicleta en la cual, además de portar un arma de fuego, transportaban el botín. Mientras que con el testimonio de la víctima, se tiene que el hurto fue perpetrado por 2 sujetos, uno de los cuales presentaba características similares a la del procesado, quienes huyeron en una motocicleta.
* Con los testimonios de descargos, o sea las declaraciones de AYDEE QUIROGA RODRÍGUEZ; HUBERNEY CARMONA ZAPATA y ABQ, arguye la Fiscalía que la Defensa no pudo demostrar su teoría del caso anclada en la hipótesis de la instrumentalización, que como consecuencia de un supuesto timo, fue engatusado el Procesado, debido a las incongruencias y contradicciones en las que en sus dichos incurrieron los testigos. Lo que permite colegir que los testigos de marras acudieron al juicio con el único propósito de faltar a la verdad para de esa forma ayudar al Procesado.

Además, alega la no recurrente, que del contenido de todo lo dicho por esos testigos, lo único que se lograba percibir es que el acusado si sabía de la actividad ilícita y de manera consciente decidió participar en la misma.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

**- Problemas Jurídicos:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte de los recurrentes como de los no recurrentes, considera la Sala que se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿La actuación procesal se encuentra viciada de nulidad porque se socavaron las bases del debido proceso y del derecho a la defensa como consecuencia de la falta de motivación, por anfibología, en la cual incurrió el *A quo* en el fallo confutado?

¿Incurrió el Juez de primer nivel en errores en la apreciación del acervo probatorio que le impidieron darse cuenta que las pruebas habidas en el proceso demostraban que el encausado ABQ, si bien participó en la comisión del reato, lo hizo a título de autor mediato, lo cual ameritaba que en su favor se debió haber dictado un fallo absolutorio?

**- Solución:**

**1. Los cargos de nulidades procesales[[1]](#footnote-1):**

Teniendo en cuenta que uno de los cargos formulados como tesis de su discrepancia por parte del recurrente gira en torno a solicitar la nulidad de la actuación procesal en atención a que, en su sentir, se vulneró el Debido Proceso y el Derecho de Defensa como consecuencia de la falta de motivación plasmada en el fallo confutado, la cual catalogó como de anfibológica, debido a que el A quo no hizo ningún tipo de pronunciamiento para refutar o desvirtuar la tesis propuesta en el juicio por parte de la Defensa en el sentido que el Procesado ABQactuó a título de autor mediato, en atención a que fue víctima de un engaño propiciado por parte de HUBERNEY CARMONA ZAPATA, la Sala, a fin de determinar si le asiste o no a la razón a la hipótesis invocada por el apelante, llevará a cabo un breve y somero estudio del principio de motivación de las providencias judiciales, de los defectos que podrían aquejarlo y de la forma o manera en como ese tipo de yerros podrían viciar de nulidad la actuación procesal.

El principio de motivación de las providencias judiciales, el cual se encuentra consagrado expresamente en el inciso 2º del articulo 13 C.P.P. y el inciso 2º del articulo 238 *ibídem*, e implícitamente en el artículo 55 de la Ley 270 de 1.996, hace parte de ese cúmulo de garantías que el artículo 29 de la Carta ha denominado como Debido Proceso. Dicho principio pregona la obligación que le asiste a los funcionarios judiciales de ofrecerle a las partes y demás intervinientes en una actuación procesal una explicación razonable, plausible y comprensible sobre las razones o motivos, tanto de hecho como de derecho, que sirvieron de sustento para la toma de una decisión, para que de esa forma ellos puedan entender o comprender en debida forma tanto lo resuelto como lo decidido, y con base en esa compresión puedan válidamente ejercer el derecho a la contradicción e impugnación en caso que lo resuelto por el Fallador de instancia afecte o le ocasione algún tipo de perjuicio a sus intereses o aspiraciones.

Sobre el alcance y las características del principio en comento, la Corte ha sido de la siguiente opinión:

*“La debida fundamentación de una sentencia es, entre otras garantías, expresión del debido proceso, del derecho a la defensa y del principio de presunción de inocencia, en tanto permite a los sujetos procesales conocer y controvertir las motivaciones jurídicas y probatorias del fallador, así como su postura en torno a sus réplicas o alegaciones. Por tanto, las razones de orden jurídico y probatorio que se aduzcan como sustento de la decisión, bien sea condenatoria o absolutoria, deben ser expuestas en forma coherente y completa de tal manera que comprendan todos los aspectos vinculados al objeto del proceso…….”[[2]](#footnote-2).*

Esclarecido en que consiste el principio de motivación de las providencias judiciales, ahora le corresponde a la Sala exponer sobre las hipótesis o eventos en virtud de los cuales se entiende cuando o como una providencia judicial ha incumplido con dicho deber, las cuales acorde con la jurisprudencia y doctrina serían las siguientes: a) La carencia total de motivación; b) La motivación incompleta o deficiente; c) La motivación ambivalente, oscura o anfibológica; d) La motivación la falsa o sofística.

En el caso en estudio, se tiene que el apelante ha catalogado como de anfibológica la motivación del fallo confutado, porque en su sentir el Juez de primer nivel guardó silencio al no ofrecerle una explicación respecto de las razones o motivos por las cuáles no compartía o rechazaba la teoría del caso propuesta por la Defensa respecto de que el Procesado ABQactuó en la comisión del reato a título de autor mediato, razón por la que debía ser absuelto de los cargos por los que fue llamado a juicio.

Para la Sala no puede ser de recibo la tesis propuesta por el apelante, porque si partimos de la base que la motivación anfibológica se materializa cuando los argumentos empleados por el funcionario judicial dan lugar a que se interpreten en más de un sentido, tanto es así que en muchas ocasiones pueden llegar a ser contradictorios entre sí, lo que a su vez imposibilitaría entender o comprender lo que en verdad se quiso decir.

Entre los ejemplos en virtud de los cuales se puede entender en que consiste una motivación de este tipo, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

*“La motivación es anfibológica (que admite más de un sentido, de una interpretación) y, por ende, lesiva del derecho a la defensa, cuando presenta indeterminación en el tipo objetivo (la tipificación exige individualizar con claridad la modalidad delictual imputada), el tipo subjetivo (se impone precisar si la conducta punible fue dolosa, culposa o preterintencional), la forma de intervención en la conducta punible (al acusado no le debe quedar duda sobre si lo acusan como autor, coautor, determinador, cómplice o interviniente)…”[[3]](#footnote-3).*

Al aplicar el anterior marco teórico-conceptual al caso en estudio, la Sala es de la misma opinión que la plasmada por la Fiscalía en sus alegatos de no recurrente, porque de una simple lectura del contenido del fallo opugnado, de bulto se observa que el Juez de primer nivel al momento de apreciar el acervo probatorio, si le ofreció una explicación razonable y plausible a la Defensa respecto de las razones o motivos por las cuales consideraba que no se le debía conceder u otorgar credibilidad a los dichos de los Testigos de descargo, con los cuales la Defensa pretendía demostrar la ausencia de responsabilidad criminal del Procesado ABQ, bajo el supuesto consistente en que el Procesado de marras fue víctima de un timo protervamente propiciado por HUBERNEY CARMONA ZAPATA, lo que no fue de recibo para el Juez de primer nivel quien llegó a la conclusión consistente en que el Procesado sí intervino en la comisión del reato a título de coautor.

Incluso, si se analizan tanto las razones como los motivos invocados por el *A quo* en sus argumentos para descalificar la credibilidad de todo lo dicho por los testigos de descargos, y de contera rechazar la teoría del caso propuesta por la Defensa, se tiene que las mismas fueron claras, plausibles, comprensibles, concisas y precisas, de las cuales no se inferían argumentos contradictorios entre sí o que dieran lugar a un doble sentido o a una múltiple interpretación que repercutieran de manera negativa el impedir comprender o entender lo que el *A quo* quiso decir con su argumentación.

Ahora bien, si lo que pretendía la Defensa es que el *A quo* se ocupará en un capítulo especial del fallo para sentar catedra sobre el fenómeno de la autoría mediata y el porqué, ante la ausencia de dolo, quien es instrumentalizado no se pregona como penalmente responsable, creemos que si bien es cierto el Juez de primer nivel no hizo mención expresa de esos fenómenos, de todos modos creemos que con los argumentos que expuso en la sentencia si le dio una valida respuesta a la tesis propuesta por la Defensa en el juicio, lo que para la Sala sastisfacería a plenitud con las exigencias requeridas para la debida motivación, como bien lo ha destacado la Corte de la siguiente manera:

*“El deber de motivar las sentencias, en efecto, incluye la carga de responder las pretensiones de partes e intervinientes, entre otras razones, para garantizarles la facultad de controvertir ante otras instancias, pues si no se conocen los fundamentos del juzgador mal pueden ofrecerse argumentos en su contra.*

***Pero ese deber no puede llevarse al extremo, como pretende la defensa, de responder palabra por palabra, línea por línea. La exigencia apunta a que se atienda lo central, lo sustancial de las posturas*** *y, en términos generales, el Tribunal se ocupó de las diez censuras señaladas por el demandante, las cuales, en esencia, apuntan al tema ya tratado, esto es, a las irregularidades del juez de primera instancia en la formación de las pruebas dentro del debate oral……”[[4]](#footnote-4).*

Por lo tanto, la Sala es de la opinión que en el presente asunto en la motivación de la sentencia confutada el *A quo* no incurrió en los yerros denunciados por el recurrente, razón por la cual no se accederá a la petición de nulidad procesal que ha sido deprecada en la alzada.

**2. Los cargos relacionados con los errores probatorios en los que incurrió el *A quo* en la apreciación del acervo probatorio.**

Denuncia el apelante en la alzada queel *A quo* incurrió en una serie de yerros en la apreciación del acervo probatorio, en atención a que no se dio cuenta que las pruebas llevadas al juicio por parte de la Fiscalía carecían de la relevancia y de la contundencia suficiente como para demostrar la responsabilidad criminal del Procesado ABQ, y que por el contrario de ese caudal probatorio lo único que surgían eran dudas razonables que debieron ser capitalizadas en favor del acusado; a lo que se le debía aunar que acorde con las pruebas de la Defensa, válidamente se pudo demostrar que el Procesado de marras fue instrumentalizado por el verdadero autor del hurto, por lo que ante la ausencia de dolo en su proceder debió haber sido absuelto de los cargos por los que resultó llamado a juicio.

Teniendo en cuenta que los reproches formulados por el recurrente son de estirpe probatoria, la Sala llevará a cabo un análisis del acervo probatorio, para así determinar si en efecto el A quo estuvo atinado en su apreciación o si por el contrario le asiste la razón a los reclamos denunciados por el apelante en la alzada.

Como punto de partida se debe tener en cuenta que las partes suscribieron unas estipulaciones probatorias en las cuales dieron por probado entre otros los siguientes aspectos: I. Que el Procesado ABQera el propietario de la motocicleta de placas SLD-85 incautada por la Policía Nacional; II. La idoneidad para realizar disparos del arma de fuego tipo revolver calibre .38 *Special* que fue incautado por efectivos de la Policía Nacional*;* III. Los reconocimientos medico legales efectuados al ofendido LEÓNIDAS MARÍN ORREGO, a quien se le dictaminó una incapacidad médico legal de 25 días; IV. Que a nombre del Procesado ABQno se ha expedido ningún tipo de salvoconducto que avale el porte de armas de fuego.

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que la Fiscalía para acreditar su teoría del caso llevó al juicio los testimonios de CESAR AUGUSTO ECHEVERRY y LEÓNIDAS MARÍN ORREGO; mientras que la Defensa, a su vez adujo al juicio los testimonios de AIDEE QUIROGA RODRÍGUEZ; ABQy HUBERNEY CARMONA ZAPATA.

Del contenido de lo declarado por dichos testigos se puede extractar principalísimamente lo siguiente:

1. **CESAR AUGUSTO ECHEVERRY:** Quien expuso ser miembro de la Policía Nacional, y que el día de los hechos se encontraba de patrulla en el cuadrante 16 de la vereda la Unión, cuando por la central de radio le avisaron de la ocurrencia en la vereda La Argentina del hurto de unos equipos de cómputo perpetrado por 2 personas armadas en una motocicleta. Ante tal situación deciden instalar una especie de puesto de control en una parte de la vía de la vereda *El Chaquiro*, y como a los 5 minutos ven acercarse una motocicleta con 2 personas, a la cual deciden detener en atención a que el parrillero traía unas maletas de las que sobresalía el monitor de un PC.

Expone el testigo que a los sospechosos le practicaron una requisa, y a quien fungía como parrillero, HUBERNEY CARMONA, le encontraron en su poder un revolver calibre 38., y la suma de $ 93.000. De igual forma en las maletas hallaron varios elementos, entre ellos: un monitor de PC, un teclado, un taladro, 4 relojes, 2 celulares, una plancha, unos binoculares. Bienes estos que posteriormente fueron reconocidos como los hurtados por parte de la víctima, a quien se le hizo inmediata devolución de los mismos en el Comando de la Policía de Dosquebradas.

De igual forma asevera el testigo que cuando requisaron al conductor del rodante: ABQ, no se encontró nada en su poder. Asimismo expone que en el interior de la maleta no encontraron capuchas o pasamontañas ni escopetas.

1. **LEÓNIDAS MARÍN ORREGO**: Este testigo es la victima del latrocinio. Sobre los hechos expone que ese día estaba solo en la finca y que se encontraba recostado en una habitación viendo televisión, cuando siendo como las 17:00 horas, sorpresivamente se aparecieron 2 sujetos encapuchados con armas de fuego, uno llevaba una pistola, que era bajito y delgado, y el otro un revolver, el cual era alto y mono, quienes lo intimidaron bajo amenaza de muerte, y ahí es cuando el sujeto que portaba el revólver procedió a golpearlo en la nariz con el arma de fuego para luego amarrarlo en la cama con unos cables.

Asevera el testigo que los asaltantes lo requirieron por un dinero, que le quitaron la suma de $123.000 que llevaba consigo, y que luego de golpearlo varias veces le revolcaron la casa en busca de dinero, y durante esa búsqueda se apropiaron de una escopeta calibre 12, de unos cartuchos, de un PC, una impresora, un estabilizador de voltaje, un radio de comunicaciones, unos binoculares, 2 celulares, 3 relojes, una plancha, una cámara fotográfica, los cuales metieron en un bolso de su propiedad.

Afirma el testigo que los rateros estuvieron en el interior de la finca por un lapso de entre 50 minutos a 1 hora y después se fueron en una motocicleta, ya que sintió desde la carretera el ruido que produce ese tipo de rodante. Luego que sus agresores se fueron, como pudo se soltó de sus amarras y procedió a ponerse en contacto con una vecina quien a su vez alertó a la Policía sobre lo ocurrido. Después, como a los 20 minutos, la Policía lo llamó para avisarle que habían capturado a los asaltantes.

Expone que la Policía lo llevó al comando en Dosquebradas para que señalará a los ladrones y ahí fue cuando pudo identificar al mono alto, debido a que ese sujeto trabajaba en una finca vecina y días antes había ido a su casa en compañía de otro fulano apodado como *“Verrugas”* a comprar queso.

En lo que tiene que ver con el otro sospechoso, o sea el ahora Procesado ABQ, el testigo expuso que nunca lo había visto con antelación.

Finalmente el testigo manifestó que estando en la Policía le devolvieron los bienes hurtados, salvo la escopeta calibre 12 y $20.000 que le hacía falta de los dineros que le fueron expoliados.

1. **AIDEE QUIROGA RODRÍGUEZ**: Esta testigo es la madre del procesado ABQ. En su testimonio expuso que su hijo vive con ella y que para la época de los hechos estudiaba ingeniería de sistemas en la UTP. De igual forma la testigo aseveró que conoció a HUBERNEY CARMONA ZAPATA debido a que a su hijo le gusta jugar fútbol en una cancha del barrio, la cual también era frecuentada por HUBERNEY CARMONA, quien a veces había ido a su casa a tomar refresco las veces que ganaba el equipo en el que ellos jugaban.

En lo que tiene que ver con los hechos, expone la Testigo que el sábado 19 de mayo de 2.012, en horas de la mañana se presentó a su casa HUBERNEY preguntando por su hijo, quien no se encontraba en casa porque había salido a estudiar. Al indagarle para que lo requería, la testigo asevera que HUBERNEY le dijo que lo necesitaba para que lo ayudará a buscar unas prendas de vestir donde un hermano suyo. Ese día, expone la testigo que su hijo regresó a eso de las 18:00 horas y que se fue a descansar y al día siguiente después que salió para estudiar con unos amigos, a eso de las 10:00 horas, nuevamente se apareció HUBERNEY, y ella le dijo que ABQ no se encontraba. Posteriormente su hijo regreso al mediodía para almorzar y ahí sí habló con HUBERNEY, y a eso de entre las 14:30 y las 15:00 horas salieron en la motocicleta para hacerle el favor, el cual era ir a una finca para buscar una ropa.

1. **ABQ**: Se trata del acusado. En su testimonio expuso que a HUBERNEY CARMONA tenía como 2 o 3 meses de distinguirlo, porque ambos jugaban fútbol en una cancha del parque industrial, y que el susodicho había ido a su casa como unas 5 o 6 veces a tomar refrescos después de los partidos.

En lo que tiene que ver con los hechos, expone que su mama le dijo que HUBERNEY el sábado lo estuvo buscando pero no lo encontró, lo que se volvió a repetir el domingo en horas de la mañana cuando nuevamente fue a buscarlo pero él ya no se encontraba en su casa. Pero asevera que cuando regresó al mediodía se lo encontró y como sabía lo que quería, puesto que su madre ya se lo había dicho con antelación, y que ante las rogativas de HUBERNEY accedió a prestarle su colaboración, la cual consistía en ir en la motocicleta de su propiedad para buscar una ropa y unas pertenencias donde un hermano.

Expone el testigo que ellos salieron a eso de las 15:00 horas por la vía del *“pollo”* y que llegaron hacia un sitio en donde nunca había estado. Una vez que estuvieron en dicho lugar, el cual era una especie de paradero o de estadero, HUBERNEY se encontró con otro sujeto, de quien pensó que era su hermano, y le dijo que lo esperará un momento. Después, a eso de haber transcurrido un media hora, ambos regresaron y ahí vio venir a HUBERNEY con una maleta terciada al hombro, quien le dijo que ya podían irse, y durante el trayecto de regreso, a eso de las 17:40 horas, o sea cuando estaba empezando a oscurecer, es que son capturado por los Policías.

1. **HUBERNEY CARMONA ZAPATA**: Es el otro implicado en los hechos, quien cuando absolvió testimonio estaba siendo judializado por cuerda separada. Es de anotar que el testimonio de este personaje fue recepcionado en dos sesiones debido a que cuando acudió a declarar por primera vez, el Juzgado se vio en la necesidad de suspender su declaración en atención a que el testigo le informó al Juez de la Causa que no se encontraba en condiciones de declarar porque estaba bajo los efectos de los alucinógenos: marihuana, la cual había ingerido en la cárcel una hora antes de asistir a la audiencia, lo que le ocasionaba que se le enredará la lengua y de paso afectaba su capacidad de rememorización.

En lo que tiene que ver con los hechos, se tiene que el testigo reconoce que participó en el hurto perpetrado en la finca del Sr. LEÓNIDAS MARÍN y que en efecto después lo capturaron unos policías cuando se movilizaba en una motocicleta conducida por ABQ, en el momento en el que Él llevaba en una maleta los bienes hurtados.

El testigo en su declaración expuso que ABQ no participó en el hurto, ya que lo único que hizo fue prestarle una colaboración al llevarlo en la motocicleta hacia el sitio de los hechos, sin saber lo que iba hacer, puesto que el latrocinio lo perpetró Él en compañía de un sujeto apodado como “*El Verrugoso”*, a quien describe como una persona de tez morena, estatura 1,70 mts, y de contextura delgada, con el que ingresó en la finca portando armas de fuego y embozados.

Sobre la forma como contactó a ABQ, aseveró el testigo que lo conoció desde hacía un año y medio porque ambos iban a jugar fútbol en una cancha del barrio industrial, pero que no sabía dónde Él vivía. Asimismo expuso que el viernes de la víspera de los hechos, estando ambos en el parque ecológico, le pidió el favor para que le colaborará con la búsqueda de unos elementos de su propiedad que tenía guardados en la casa de un hermano y que en compensación le tanqueaba la moto, y que después se volvieron a ver en horas de la mañana del domingo en el que ocurrieron los hechos.

En lo que corresponde con los hechos, el Testigo afirmó que después que llegaron a las inmediaciones de la finca, le dijo a ABQ que lo esperará en un sitio que era una especie de rancho parado con hojas de guaduas y de zinc, y que luego se encontró con *Verrugoso* quien lo estaba esperando por la finca.

Después que hicieron el asalto, manifestó que se separó de su compinche, quien se quedó con los guantes, la pistola, los pasamontañas y una escopeta que hurtaron, y a eso más o menos de la media hora regresó hacia el sitio en donde lo esperaba ABQ, a quien le dijo que ya podían irse, y durante el trayecto de regreso fue que los capturaron unos Policías.

Al analizar y apreciar el contenido de las anteriores pruebas, se tiene lo siguiente:

1) Si nos atenemos a las pruebas de cargo, o sea las llevadas al juicio por parte de la Fiscalía, válidamente se puede concluir, como atinadamente lo asevera el recurrente, que no existe prueba que de manera directa comprometa la responsabilidad criminal del Procesado ABQ, porque si nos atenemos al testimonio del único testigo presencial de los hechos, o sea el del ofendido LEÓNIDAS MARÍN ORREGO, se tiene que en el momento en el que ocurrieron los hechos la víctima no pudo identificar a los asaltantes en atención a que los mismos estaban embozados, y que solo, después de que la Policía capturó a un par de sospechosos con el botín, fue que pudo identificar a uno de ellos: HUBERNEY CARMONA ZAPATA, debido a que laboraba en una finca vecina, y días antes había ido a su fundo, en compañía de otro fulano conocido como “*Verrugoso”* dizque a comprar queso; mientras que en lo que tenía que ver con el otro implicado, ABQ, el Sr. LEÓNIDAS MARÍN fue categórico en aseverar que nunca antes lo había visto[[5]](#footnote-5).

2) A pesar de ser acertados los reproches que sobre este tópico ha formulado la Defensa en la alzada, puesto que en efecto en la actuación no existe prueba directa alguna que demuestre el compromiso penal endilgado por la Fiscalía en contra de ABQ, no desconoce la Sala, al igual que el *A quo,* de la existencia de una prueba indirecta que gravitaría en contra de BARRIENTOS QUIROGA como lo es el indicio de responsabilidad criminal, el cual tendría como pruebas de sus hechos indicadores las siguientes premisas: a) El Testimonio del agraviado LEÓNIDAS MARÍN, respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió el hurto, el cual fue perpetrado por dos personas armadas con armas de fuego, quienes huyeron con el botín en una motocicleta; b) Lo atestado por el Policial CESAR AUGUSTO ECHEVERRY, quien da cuenta de la casi inmediata captura de dos sujetos que se movilizaban en una motocicleta, en la cual uno de ellos, además de portar ilegalmente un arma de fuego, transportaba en una maleta una serie de bienes que resultaron ser los hurtados al Sr. LEÓNIDAS MARÍN.

Dichas pruebas permiten inferir, como hecho oculto o desconocido, la posible participación del Procesado ABQen la comisión del reato, puesto que las reglas de la experiencia nos indican que cuando una persona es sorprendida a los pocos momentos de la perpetración de un hurto con los bienes robados, e incluso con el arma empleada en la fechoría, existe una amplia probabilidad que haya participado en el latrocinio.

3) En lo que tiene que ver con las pruebas allegadas al juicio por la Defensa con el fin de demostrar la ausencia de responsabilidad del acusado, tenemos al confrontar los testimonios absueltos por AIDEE QUIROGA RODRÍGUEZ y ABQ, con lo que a su vez dijo HUBERNEY CARMONA ZAPATA, se observan una serie de contradicciones e inconsistencias, las cuales, como atinadamente expuso el *A quo*, de una u otra forma conspirarían de manera negativa en la credibilidad que merecería casi todo dicho por esos testigos.

Entre las contradicciones más relevantes, a juicio de la Sala, descollan las siguientes: a) El tiempo que tenían de conocerse ABQy HUBERNEY CARMONA ZAPATA, porque mientras que el 1º de ellos aseveró que lo *distinguía* desde hacía unos 2 o 3 meses, a su vez CARMONA ZAPATA afirmó que se conocían desde hacía 1 año y ½; b) Tanto ABQcomo la Sra. AIDEE QUIROGA RODRÍGUEZ aseguraron que en algunas ocasiones, en especial cuando celebraban los resultados de los encuentros futboleros, HUBERNEY CARMONA había ido a su casa para tomar refrescos, pero HUBERNEY CARMONA ZAPATA en su declaración afirmó no saber dónde vive o reside ABQ; c) HUBERNEY CARMONA ZAPATA, expuso que le pidió la colaboración a ABQ para que lo transportará en su motocicleta para buscar unos elementos de su propiedad que se encontraban en un fundo de un fraterno suyo, un viernes de la víspera de los hechos y que en compensación le tanqueaba la moto, y solo se volvieron a ver a ver en horas de la mañana del domingo en el que ocurrieron los hechos; mientras que ABQ y su señora madre, AIDEE QUIROGA RODRÍGUEZ, al unísono expusieron que ese fin de semana HUBERNEY CARMONA acudió en varias ocasiones a la residencia de ABQ, y como no lo encontró debido a que BARRIENTOS QUIROGA estaba estudiando con unos amigos, solo vino a tener contacto con Él en horas del mediodía del domingo, que fue cuando le pidió el favor de que lo acompañará a buscar unas pertenencias en la casa de un hermano.

Como se podrá concluir de lo antes expuesto, estamos en presencia de unas graves contradicciones e inconsistencias que de una u otra forma afectarían el núcleo esencial de lo dicho por los testigos de descargos, en especial de lo atestado por el propio Procesado ABQ: *como o de qué manera contactó HUBERNEY CARMONA a ABQ, para que este último le hiciera el supuesto favor de transportarlo en una motocicleta de su propiedad a casa de un hermano con el fin de buscar unas pertenencias que tenía en ese lugar*, lo que a su vez daría pie para pensar, como acertadamente lo hizo el Juez del primer nivel, que eventualmente estaríamos en presencia de testigos que faltaron a la verdad con el propósito de favorecer o beneficiar al Procesado ABQ, por lo que lo acontecido válidamente podría generar consecuencias procesales adversas a los intereses del llamado a juicio, ya que la acreditación de que mintió en su testimonio se podría constituir como hecho indicador del indicio de falsa justificación, hecho indicado este que se soporta en el apotegma consistente en que: *“quien no da una explicación coherente o satisfactoria de su actuar, es porque la realidad de lo sucedido no le favorece….”*.

Sobre las consecuencias procesales que podría generar la demostración de las manifiestas mendacidades en las que eventualmente incurra el Procesado en sus dichos cuando decide declarar en el juicio en calidad de testigo, acorde con la línea jurisprudencial que de manera pacífica ha sido trazada por parte de la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia[[6]](#footnote-6), se tiene que válidamente Juzgador de instancias puede erigir indicios de ese tipo de comportamientos procesales que podrían redundar en contra de los intereses del Procesado. Así, a modo de ejemplo, en aquellos casos en los que las manifestaciones contrarias a la realidad se hagan con el propósito de avalar una tesis exculpativa invocada en su favor por el procesado, dichas pruebas se constituirían en hechos indicadores del indicio de falsa justificación.

Pero es de anotar que el grado de gravedad o levedad de los indicios dependería de que tan manifiestamente contrarias a la realidad sean o hayan sido las mendacidades o falacias que surgirían de lo dicho por los testigos tachados de mentirosos. Así en eventos en los que se pretenda adobar una verdad con mentiras, que podríamos catalogar como mentiras piadosas o irrelevantes, es obvio que estaríamos en presencia de un indicio leve ya que ese tipo de mentiras carecerían de la entidad suficiente como para despejar cualquier margen de duda respecto del compromiso penal del acriminado; pero si las mendacidades son producto de un entramado ardid urdido con el perverso propósito de engañar o manipular a la administración de justicia, y lo único que logran es despejar del panorama los nubarrones de la duda razonable, es claro que estaríamos en presencia de indicios graves.

Para una mejor ilustración de lo antes expuesto, o sea respecto de la facultad que tiene el Juzgador de instancia de deducir indicios como consecuencia de que se haya comprobado que las manifestaciones del procesado, cuando acude al juicio en calidad de testigo, ha sido falaces, y como se debe apreciar ese evento, bien vale la pena traer a colación lo que al respecto ha sido el sentir de la Corte en esas hipótesis:

*“Sobre la mentira y la mala justificación, la Sala tiene dicho que si bien en virtud de la garantía de no autoincriminación, en armonía con la de presunción de inocencia, el imputado además de estar facultado para guardar silencio no puede ser objeto de apremio o coacción de ninguna clase, y que es el Estado al que por tener la carga de la prueba de la responsabilidad de aquél le compete verificar o desvirtuar su responsabilidad, cuando este hace manifestaciones falsas, como ocurrió en el presente asunto, se consolidan efectos que el funcionario judicial puede extraer por medio del tamiz de la crítica probatoria, aunque resulten perjudiciales a los intereses del procesado.*

***En consecuencia, cuando se observan mentira y mala justificación per se no emerge un indicio de responsabilidad porque a partir de ellas no es posible inferir un nuevo ser diferente; pero cotejadas tales falsedades con los elementos materiales probatorios, la evidencia física y los testimonios recogidos en el juicio oral, resultando que de manera armónica y convergente permiten descartar la duda razonable que impide proferir sentencia de condena, los medios probatorios de naturaleza indirecta robustecen la desaparición de cualquier perplejidad sobre la responsabilidad del acusado, haciéndose de esa manera más fiable el contenido de justicia que aparece en la decisión de condena…….”[[7]](#footnote-7).***

Estando acreditada la existencia de un indicio de falsa justificación que gravita en contra del Procesado ABQ, el punto a debatir es si ese indicio debe ser apreciado como leve o grave.

Sobre este tópico, considera la Sala que en el presente asunto nos encontramos en presencia del escenario de las verdades adobadas con mentiras debido a que existe la probabilidad que en la comisión del hurto, como compañero de fechorías de HUBERNEY CARMONA ZAPATA haya participado otra persona distinta que la del ahora Procesado ABQ, quien vendría siendo el sujeto conocido como *(A) “Verrugas” o “El Verrugoso”*, lo que a su vez incidiría para generar un margen de dudas razonables sobre la participación del Procesado en la comisión del delito por el cual fue llamado a juicio.

Para llegar a la anterior conclusión, se hace necesario tener en cuenta lo siguiente:

* La existencia del personaje conocido como *(A) “Verrugas” o “El Verrugoso”*, no es una fábula o una invención fraguada por la Defensa, puesto que hasta el mismo ofendido LEÓNIDAS MARÍN ORREGO reconoce que un sujeto con ese mote era quien, días antes de la comisión del hurto, acompañaba a HUBERNEY CARMONA ZAPATA, en el momento en el que llegaron a su casa al parecer con el pretexto de comprar queso.
* Las manifestaciones del agraviado quien expuso que nunca antes había visto o conocido al Procesado ABQ.
* El testigo HUBERNEY CARMONA ZAPATA aseveró en su declaración que *(A) “Verrugas” o “El Verrugoso”* fue su verdadero compañero de delincuencias, lo cual de una u otra forma es acreditado por el Procesado ABQ, cuando expuso que una vez que llegaron al lugar de los hechos, HUBERNEY CARMONA se encontró con otro individuo, del cual pensó que era su hermano.
* El ofendido LEÓNIDAS MARÍN ORREGO dice que entre los bienes que los ladrones le hurtaron, quienes estaban armados con un revólver y de una pistola, se encontraba una escopeta calibre 12, la que nunca fue encontrada en poder de las personas que posteriormente fueron capturadas por la Policía, de las cuales una de ellas portaba un revolver. Si a ello le aunamos que según el decir de HUBERNEY CARMONA ZAPATA, Él y su compinche se fueron por caminos separados después que cometieron sus fechorías, y que *(A) “Verrugas” o “El Verrugoso”* se quedó con la escopeta hurtada y la pistola. Tales elementos generarían la probabilidad que en efecto si a los entonces sospechosos en el momento de su captura no se les encontró la escopeta hurtada, mientras que uno de ellos portaba un revolver, es porque posiblemente esos bienes se encontraban en poder de *(A) “Verrugas”*.

Siendo así las cosas, la Sala concluye que el indicio de falsa justificación habido en contra del Procesado ABQdebe ser apreciado como leve, porque a pesar de la poca credibilidad que merecerían sus exculpativas, se tiene que del contenido de las mismas se avizoran ciertos visos o retazos de verdad que no despejarían el manto de dudas que surgiría respecto de su participación en la comisión del delito.

Ahora, se podría pensar que como quiera que el Procesado ABQadmitió o reconoció que estuvo presente en el lugar de los hechos, con tal premisa fáctica válidamente se podría edificar en su contra *el indicio de presencia*, como en efecto lo hizo el *A quo* en el fallo opugnado al momento de la apreciación del acervo probatorio. Pero para la Sala lo hecho por el *A quo* se puede catalogar como algo errado que vendría siendo propio de un yerro por falso juicio de raciocinio, ya que el indicio de presencia tiene su razón de ser en la negativa o el silencio del procesado de admitir que estuvo en el lugar de los hechos, lo que es desvirtuado por otras pruebas que demuestran todo lo contrario, Vg. mediante los resultados de una pericia lofoscópica tomada de las huellas dactilares encontradas en el sitio de los hechos, o la filmación efectuada por una cámara de seguridad.

Luego, para que se configure el indicio de presencia en opinión de la Sala se requiere de un plus compuesto por los hechos indicadores que señalan que a pesar de la negativa del procesado de admitir que estuvo en cierto lugar, existen otras evidencias que demuestran que sí estuvo en el sitio de los hechos.

Ante la anterior conclusión, surgiría otro interrogante que tendría que ver con aquellos casos en los que el Procesado o Indiciado si admite o reconoce que estuvo en el sitio de los hechos, es obvio que no se le puede inferir esta modalidad de prueba indirecta, o sea la de indicio de presencia, pero quizás, acorde con las circunstancias de cada caso, se pueda deducir el indicio de *la oportunidad física para delinquir*, el que tiene como soporte ese viejo adagio popular que sabiamente reza: *“la ocasión hace al ladrón”*. Así dicho indicio tendría como una de sus premisas indicantes la presencia del sospechoso en el sitio de los hechos, lo que a su vez le permitió sostener una estrecha relación de cercanía con el objeto material del ilícito, para de esa forma poder perpetrar con mayor seguridad o facilidad el injusto penal.

En el presente asunto, acorde con lo dicho en el párrafo anterior, se podría decir que entonces en contra del Procesado conspiraría el indicio de presencia como consecuencia de haber admitido que estuvo en el sitio de los hechos. Pero para la procedencia de esta hipótesis necesariamente tendría que analizarse todo lo dicho por el Procesado de manera integral y sistemática, quien en su testimonio expuso que estuvo fue en un sitio aledaño al lugar donde ocurrió el hurto, parecido a un paradero de buses, debido a que HUBERNEY CARMONA ZAPATA le dijo que lo esperará en ese lugar, mientras iba dizque a buscar sus partencias.

Es más si escindiéramos lo dicho por el Procesado, respecto a que no se le debe creer por mendaz cuando expuso que no estuvo en la finca en donde se perpetró el hurto sino en un lugar cercano al mismo, en opinión de la Sala se estaría desconociendo los postulados del principio de la unidad de indicios, el cual pregona que de un solo hecho indicador solo se puede deducir un único indicio y que por ende no puede haber indicios de indicios, si partimos de la base que de la poca credibilidad que merecía el testimonio del acusado se utilizó como hecho indicador del indicio de falsa justificación o de mentiras.

Recapitulando todo lo expuesto en los párrafos precedentes, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

* La Fiscalía no adujo al juicio ninguna clase de pruebas que de manera directa lograran demostrar la participación del Procesado ABQen la comisión de los delitos por los cuales fue llamado a juicio.
* Las únicas pruebas habidas en contra del Procesado ABQson de naturaleza indirecta, las cuales están compuestas por un par de indicios: un indicio grave de responsabilidad criminal y un indicio leve de falsa justificación o de mentiras.

De lo anterior surge el siguiente interrogante: ¿Un plus compuesto por un indicio grave y uno leve, ambos de naturaleza contingentes, satisfacen los requisitos exigidos por los artículo 7º, inciso 3º, y 381, inciso 1º, del C.P.P. para poder dictar una sentencia condenatoria?

La respuesta al anterior interrogante necesariamente debe ser ¡NO! porque por la naturaleza contingente del indicio grave, y la poca entidad probatoria de un indicio leve, no es posible edificar ese juicio de certeza que debe conducir al Juzgador a ese supremo grado de convencimiento o de conocimiento que se requiere para poder proferir un fallo de condena. Ello se debe a que cuando un indicio grave es de naturaleza contingente, lo único que ofrece en su juicio de inferencia es un grado de probabilidad respecto de que algo puede ser o no ser; probabilidad esta que respecto del *llegar a poder ser o no ser* aun sería mucho más distante en las hipótesis en las que ese indicio contingente sea de la modalidad leve. Tal situación ha dado pie para que desde los añejos tiempos de la tarifa probatoria se tenga establecido que la única manera para que una prueba indiciaria pueda ser apreciada como plena prueba, es que esta sea plúrima, o sea que en el proceso exista por lo menos más de un indicio grave, lo cual no acontece en el presente asunto, puesto que como bien lo ha acreditado la Sala en contra del procesado solo existe un binomio de pruebas indirectas conformados por un indicio grave y otro leve.

Siendo así las cosas, concluye la Sala que en el presente asunto le asiste la razón a la principal de las tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente, porque en efecto el acervo probatorio habido en el proceso no satisfacía los requisitos exigidos por artículo 7º, inciso 3º, y 381, inciso 1º, del C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria, en atención a que pruebas de esa naturaleza carecen de la relevancia necesaria que se requiere para poder desvirtuar la presunción de inocencia que desde un principio acompañó al Procesado ABQ, y más por el contrario lo único que hacen es arrojar un manto de dudas sobre su compromiso penal, dudas estas que se deben capitalizar en favor del acusado acorde con los postulados que orientan el principio del *in dubio pro reo.*

Finalmente quiere la Sala señalar que en el presente caso se pudo observar que la sentencia condenatoria proferida por el A-quo en contra del señor BARRIENTOS QUIROGA, se cimentó, como ya se señaló, en la posible participación suya en la comisión del delito de manera directa, esto es, que él ingresó a la finca en compañía de HUBERNEY a cometer el hurto, situación que nunca logró demostrarse dentro del proceso, pues a pesar de que el Juez indicó en su sentencia que existía un parecido físico entre uno de los encapuchados descritos por la víctima del reato y el procesado, aquel en ningún momento lo señaló como uno de los delincuentes que ingresaron a su domicilio; por ende, como se viene diciendo, lo único que se logró probar en este asunto es que el procesado era el propietario y quien manejaba la motocicleta en la cual HUBERNEY llegó y escapó del lugar de los hechos. Bajo esa premisa, es evidente que el señor Juez Quinto Penal del Circuito local, desconoció de manera flagrante el principio de congruencia fáctica, pues a pesar de que la fiscalía no logró probar su teoría del caso, la cual no era otra que el procesado ingresó en compañía de HUBERNEY a la finca que era habitada por el señor Leonidas y lo sometieron mediante violencia para hurtarle algunas pertenencias.

En este punto es importante recordar que el principio de la congruencia fáctica señala que nadie puede ser condenado por hechos diferentes a los contenidos en el escrito de acusación, puesto que este acto cumple con la función primordial de delimitar el objeto de la relación jurídica, ya que la sentencia, como el acto que concluye el proceso, debe proferirse en correspondencia con los hechos que motivaron la acusación por parte del Ente Acusador.

Frente al Tema dijo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

*““La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el Juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en 55 el escrito de acusación, al Juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad”[[8]](#footnote-8)*

Ante tal situación, la Sala procederá a revocar en su integridad el fallo confutado, para de esa forma absolver al Procesado ALEXÁNDER BARRIENTOS QUIROGA de los cargos por los cuales fue llamado a juicio, y en consecuencia ordenará su inmediata libertad, salvo que se encuentre privado de la misma por orden de otra autoridad jurisdiccional.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** lasentencia proferida en las calendas del dieciocho (18) de abril de 2.013 por parte del Juzgado 5º Penal del Circuito de esta localidad en la cual fue declarada la responsabilidad criminal del Procesado **ABQ**, por incurrir en la comisión de los delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, se **ABSUELVE** al Procesado ABQde los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador.

**TERCERO: ORDENAR** la inmediata libertad del Procesado ABQ, salvo que se encuentre privado de la misma por orden de otra autoridad jurisdiccional.

**CUARTO: DECLARAR** que contra de la presente decisión de 2ª Instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de Ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Los cuáles serán abordados inicialmente por la Sala en cumplimiento de lo ordenado por el principio de Prelación, el cual preceptúa que en aquellas hipótesis en las que una providencia es cuestionada mediante varios cargos, por regla general, a fin de procurar el saneamiento de la actuación, se deben abordar inicialmente los cargos de nulidades procesales. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del diecinueve (19) de febrero de 2009. Rad. # 26818. M. P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del diecinueve (19) de agosto de 2015. SP10998-2015. Radicación N° 38.685. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del dieciocho (18) de abril de 2012. Rad. # 38.020. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-4)
5. Es de anotar que el Testigo en ningún momento hizo una identificación formal del Procesado, ni la Fiscalía aportó al juicio ningún medio de conocimiento para demostrar que las características físicas del acusado coincidían con la descripción dada por el declarante. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver entre otros: la Providencia del 6 de abril de 2.005. Rad. # 23154; la Sentencia del 9 de febrero de 2006. Rad. # 22682; la Sentencia de 7 de julio de 2008. Rad. # 29374 y la Sentencia del 8 de octubre de 2008. Rad. # 29310. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del Siete (7) de Julio de 2008. Rad. # 29374. M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia de 25 de abril de 2007. Radicación 26309, MP: YESID RAMIREZ BASTIDAS. [↑](#footnote-ref-8)